

**WYROK**  
**z dnia 3 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcy E.G.P. S.A. z siedzibą w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – E.W. sp. z o.o. z siedzibą w Ś.G., przy udziale wykonawcy T.E. S.A. z siedzibą w K. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
  - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

E.W. sp. z o.o. z siedzibą w Ś.G. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa Inżyniera Umowy podczas realizacji projektu inwestycyjnego pn. *Zabudowa instalacji katalitycznego odazotowania spalin (SCR) wraz z modernizacją elektrofiltrów dla kotłów AP-1650 bloków nr 9 i 10 w ramach projektu inwestycyjnego I9030N0011*”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 grudnia 2016 r., pod nr 2016/S 235-428801.

W dniu 9 marca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze oferty wykonawcy T.E. S.A. z siedzibą w K. (dalej „Wykonawca TE”) oraz o wykluczeniu wykonawcy E.G.P. S.A. z siedzibą w W..

W dniu 20 marca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy E.G.P. S.A. z siedzibą w W. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. badanie i ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę TE,
2. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), przepisami Pzp i przepisami wykonawczymi do Pzp i bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji – bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego,

co – w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez niezgodny z Pzp wybór Wykonawcy TE,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w

zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. nie wykazał wartości nadzorowanych robót budowlanych i na tej podstawie wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał w sposób przewidziany w SIWZ i przepisach prawa spełnianie tego warunku, a tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego i jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TE,
2. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego badania i oceny ofert, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 9 marca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując jednocześnie, że Odwołujący został wykluczony z udziału w Postępowaniu z powodu niespełniania warunku określonego w pkt 7.1.2.3.1. SIWZ, a tym samym uznał ofertę złożoną przez Odwołującego za odrzuconą.

Z treści uzasadnienia wynika, że Zamawiający uznał, że żadna z usług wskazanych w wykazie wiedzy i doświadczenia Odwołującego nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, określonego w pkt 7.1.2.3.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać, że:

„w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Umowy/Kontraktu przy realizacji projektów inwestycyjnych (o wartości powyżej 160 000 000 zł każdy projekt inwestycyjny) w zakładach przemysłowych, energetyce cieplnej lub energetyce zawodowej (budowa lub modernizacja kotłów, bloków energetycznych lub urządzeń pomocniczych kotłów jak instalacje odazotowania spalin, odsiarczania spalin, elektrofiltry)”.

Odwołujący podał, że w wykazie usług wskazał na trzy usługi inżyniera dla inwestycji (1) budowa elektrowni kogeneracyjnej „L.” w ramach rafinerii G./S.R., (2) faza II budowy elektrociepłowni C. w cyklu mieszanym w E. i (3) budowa i rozruch elektrowni gazowej w A. o mocy 42 MW. Jednocześnie do wykazu usług załączono dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi.

Jak wynika z treści uzasadnienia wykluczenia, Zamawiający uznając, że ani wykaz, ani referencje nie potwierdzają w sposób jednoznaczny spełniania warunku udziału w Postępowaniu, tj. „nie zawierają szczegółowego zakresu świadczonej usługi m.in. zakresu prac zespołu Inżyniera Umowy/Inżyniera Kontraktu, opisu obiektów/installacji, nad których realizacją sprawowany był nadzór inwestorski a przedłożone referencje nie zawierają w swojej treści wartości inwestycji, nad którą sprawowany był nadzór”, wezwał Odwołującego do wyjaśnień i „przedstawienia dowodu potwierdzającego w sposób jednoznaczny, że wskazane usługi spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego, tzn. są to usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Umowy/Kontraktu przy realizacji projektów inwestycyjnych o wartości powyżej 160 000 000 zł”.

Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, wskazując opis usług i potwierdzając spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie złożyć żadnych dodatkowych dowodów i że nie ma wpływu na treść referencji, które stanowią dokument własny zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący podał jaki zakres obejmowały nadzorowane roboty budowlane i że przy zastosowaniu uśrednionej europejskiej ceny budowy takiego zakresu można wyliczyć wartość nadzorowanych robót, która to wartość przekraczała wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

W uzasadnieniu wykluczenia, Zamawiający wskazał, że nie zaliczył usługi w E. i A. z uwagi na brak wykazania kwoty nadzorowanych projektów inwestycyjnych, a w szczególności, że kwoty zawarte w wykazie usług nie znajdują potwierdzenia w żadnym z przedłożonych dowodów i wyjaśnień, a wyliczenia o średnią europejską cenę są swobodnym szacunkiem wykonawcy.

Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy usług wskazanych w pkt 2 i 3 wykazu. Decyzja Zamawiającego jest błędna i została podjęta niezgodnie z postanowieniami SIWZ i przepisami prawa.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ – pkt 9.4.4.1. – Zamawiający wymagał, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, przedłożenia wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Warunek powyższy jest zgodny z wymaganiami Pzp i rozporządzeniem wykonawczym w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców.

Odwołujący wypełnił – zgodnie z tymi wymaganiami – wykaz usług, z którego jednoznacznie wynikało jaka była wartość nadzorowanych robót w ramach usług

wskazanych w pkt 2 i 3 wykazu, tj. odpowiednio 79 mln euro i 161 mln zł. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku podania wartości w walutach innych niż PLN, Zamawiający dokona ich przeliczenia według średniego kursu NBP na dzień w którym opublikowano ogłoszenie. Na dzień opublikowania ogłoszenia średni kurs euro wynosił 4,3293 zł, co daje kwotę wartości robót dla projektu wykazanego w poz. 2 wykazu – ok. 342 mln zł.

Odwołujący podał, że zgodnie z Pzp i rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem, dowodem na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest opis zawarty w wykazie usług. Jak wskazano powyżej w wykazie usług wskazano wartość nadzorowanych robót i wartości te – w przypadku usługi z pkt 2 i 3 — przekraczają wartości wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania innych dokumentów niż wymienione w SIWZ czy przepisach prawa, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności nie jest dowodem takim treść referencji, której zadaniem jest (co też znalazło potwierdzenie w postanowieniach SIWZ), potwierdzenie, że dana usługa, dostawa czy robota budowlana została wykonana należycie.

W wyjaśnieniach z 31 stycznia 2017 r. Odwołujący wskazał jedynie Zamawiającemu, że wartości tych robót nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, który jako doświadczony podmiot w zakresie robót budowlanych opisanych w warunku powinien wiedzieć, że taka jest wartość takich robót.

Reasumując, Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wartości nadzorowanych robót budowlanych, a tym samym nie powinien zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu, a w związku z tym, że jego oferta – w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert – była najkorzystniejsza, Zamawiający winien dokonać jej wyboru.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując w następujący sposób.

Odwołujący, w celu wykazania wiedzy i doświadczenia zgodnie z pkt 7.1.2.3.1 SIWZ, posiłkując się przy tym doświadczeniem spółki I.C., E., A., S.A. z siedzibą w H., wskazał na realizację trzech usług inżyniera dla następujących inwestycji: (1) budowa elektrowni kogeneracyjnej „L.” w ramach rafinerii G./S.R., (2) faza II budowy elektrociepłowni C. w cyklu mieszanym w E. i (3) budowa i rozruch elektrowni gazowej w A. o mocy 42 MW.

Zamawiający podał, że zgodnie z art. 25a ust. 3 Pzp wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa kwotom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp lub je przekracza. Taki wymóg zaistniał w Postępowaniu ze względu na jego wartość.

W treści złożonego przez Odwołującego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) podmiotu trzeciego, na zdolnościach którego Odwołujący polegał w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu (I.C., E., A., S.A.), nie znalazły się informacje o wartości robót związanych z budową elektrowni gazowej w A. o mocy 42 MW. Zamieszczenie takiej informacji w JEDZ składanym przez podmiot trzeci uznać należy za konieczne w świetle art. 25a Pzp.

W związku z powyższym, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu (pismo Zamawiającego z 26 stycznia 2017 r.).

W odpowiedzi, pismem z dnia 31 stycznia 2017 r., Odwołujący nie tylko nie uzupełnił dokumentów zgodnie z wymaganiami stawianymi przez przepis art. 25a ust. 3 Pzp, co już stanowi samodzielną podstawę do jego wykluczenia, ale przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia sprzeczne z treścią oświadczenia złożonego w JEDZ. Odwołujący nie tylko zatem nie potwierdził w sposób wymagany przez Zamawiającego, zgodnie z przepisami Pzp, spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ale wskazał ponadto nowe wartości nadzorowanych robót budowlanych w oparciu o sobie jedynie znaną metodologię. Odwołujący zobowiązany był wykazać Zamawiającemu spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w tym złożyć wszystkie wymagane dokumenty, przez ich załączenie w zbiorze dokumentów oferty. Zamiast tego zaprezentował Zamawiającemu informacje stojące w sprzeczności z oświadczeniami zawartymi w treści JEDZ podając zupełnie odmienne wartości inwestycji.

W tym stanie rzeczy Zamawiający nie mógł postąpić inaczej niż tylko wykluczając Odwołującego z Postępowania i odrzucając złożoną przez Odwołującego ofertę. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający umożliwił Odwołującemu usunięcie uchybień w oznaczonym przepisami zakresie. Zamawiający nie może jednak samodzielnie za Odwołującego poszukiwać i ustalać rzeczywistej wartości robót budowlanych przy realizacji których Odwołujący świadczył usługę inżyniera umowy

oraz weryfikować lub badać metodologię przyjętą przez Odwołującego przez prowadzenie z nim dalszego dialogu w tej kwestii. Takie działanie Zamawiającego zmierzałoby do usunięcia wątpliwości za wykonawcę, zaś Zamawiający nie może podejmować czynności za wykonawcę w celu wykazania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Zamawiający stałby się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników Postępowania, takie działanie zaś może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca TE wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z 28 marca 2017 r. zgłaszający przystąpienie wykonawca uzasadnił swój wniosek w niżej wskazany sposób.

Wykaz wykonanych usług przedstawiony przez Odwołującego w ofercie, jak i udzielone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenie, co tym samym narusza art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp.

Zgłaszający przystąpienie omówił następnie usługi wskazane w poz. 1-3 wykazu Odwołującego:

1. poz. 1 wykazu – nieadekwatność w zakresie rodzaju inwestycji (wymagane przez Zamawiającego: zakłady przemysłowe, energetyka ciepła lub zawodowa w tym budowa lub modernizacja kotłów, bloków energetycznych lub urządzeń pomocniczych kotłów jak instalacja odazotowania spalin, odsiarczania spalin, elektrofiltry)

W ocenie Wykonawcy TE budowa sieci gazu średnioprężnego oraz gazu wysokiego ciśnienia nie jest budową lub modernizacją kotłów, bloków energetycznych lub urządzeń pomocniczych kotłów. W związku z powyższym nie można utożsamiać ze sobą wyżej opisanych doświadczeń. Wykonawca który powołuje się na doświadczenie przy realizacji projektów inwestycyjnych z zakresu budowy sieci gazu i linii elektroenergetycznych nie spełnia warunku doświadczenia określonego w pkt 7.1.2.3.1. SIWZ. Ponadto, stopień skomplikowania realizacji przedmiotowej inwestycji jest daleko wyższy od realizacji inwestycji związanej z infrastrukturą przesyłu gazu. Modernizacja bloków energetycznych przez zabudowę instalacji ograniczających zanieczyszczenia jest inwestycją skupioną w jednym miejscu, polegającą na pracy przy pracującym bloku, tj. o wyższym stopniu skomplikowania niż wykonanie inwestycji liniowej, niewymagającej specyficznej wiedzy z zakresu koordynacji skomplikowanych inwestycji.



## 2. poz. 2 wykazu

### 2.1. Nieadekwatność w zakresie wartości inwestycji (wymagane przez Zamawiającego: projekt inwestycyjny o wartości powyżej 160 mln zł)

Zgłaszający przystąpienie oświadczył, że nieprawdą jest twierdzenie Odwołującego, jakoby w złożonych wyjaśnieniach potwierdził w sposób jednoznaczny, że wartość wskazanych przez niego inwestycji związanych z usługą polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przekracza wyżej wymienioną kwotę. Odwołujący w oparciu o przyjętą przez siebie metodologię wyliczenia wartości tych usług podał tak naprawdę wartość szacowaną (stwierdzenie Odwołującego, że „można przyjąć”), a nie rzeczywistą. W tym miejscu należy mieć na względzie, że szacunkowa wartość zamówienia odzwierciedla jedynie rynkową cenę tego rodzaju usług i nierzadko różni się od ceny oferty faktycznie złożonej przez wykonawcę. Tym samym nie można przyjąć, że Odwołujący potwierdził jednoznacznie kwoty nadzorowanych projektów inwestycyjnych podane w wykazie usług. Analizując ofertę i wyjaśnienia Odwołującego zauważyć należy, że unika on potwierdzenia wartości kwoty inwestycji, wskazując na przyjęte przez siebie, nigdzie nie potwierdzone, metody obliczeniowe. Odwołujący nie chce oświadczyć jednoznacznie udzielając wyjaśnień, że wskazana inwestycja spełnia postawione przez Zamawiającego wymogi, co implikuje wniosek że rzeczywista wartość usługi nie wpisuje się w wymogi Zamawiającego.

### 2.2. Nieadekwatność w kwestii zakresu usługi

Z wyjaśnień Odwołującego z 30 stycznia 2017 r. wynika, że firma IDOM była odpowiedzialna za weryfikację dokumentacji projektowej i nadzór inwestorski, ale tylko nad uruchomieniem i rozruchem (to jest w ostatnich miesiącach inwestycji) oraz doradztwo techniczne na etapie budowy i projektowania. Powyższy zakres usługi nie jest tożsamy z usługą Inżyniera Umowy/Kontraktu, gdyż jej nieodzowna część związana z bezpośrednimi nadzorami podczas etapu budowy nie miała miejsca. Odwołujący nie pełnił funkcji Inżyniera Umowy/Kontraktu, a jedynie funkcje doradczą jak sam wskazuje. Dodatkowo Wykonawca TE wskazał, że stawiany przez Zamawiającego wymóg jest adekwatny do usługi która ma być pełniona przez wybrany podmiot, a wskazana przez Odwołującego referencja nie tylko nie spełnia wymogów SIWZ, ale też nie potwierdza doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Umowy/Kontraktu.

## 3. poz. 3 wykazu

### 3.1. Nieadekwatność w zakresie wartości inwestycji

Wykonawca TE powielił argumentację z pkt 2.1 powyżej.

### 3.2. Nieadekwatność w zakresie rodzaju inwestycji

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie wniosek taki uzasadniają następujące okoliczności.

Po pierwsze – zabudowa turbiny gazowej na barce nie jest budową lub modernizacją kotłów, bloków energetycznych lub urządzeń pomocniczych kotłów jak instalacja odazotowania spalin, odsiarczania spalin, elektrofiltry. W związku z powyższym nie można utożsamiać ze sobą wyżej opisanych doświadczeń. Wykonawca, który powołuje się na doświadczenie przy realizacji projektów inwestycyjnych z zakresu budowy zabudowy turbiny gazowej nie spełnia warunku doświadczenia określonego w pkt. 7.1.2.3.1. SIWZ.

Po drugie – jak wskazuje tłumaczenie przysięgłe referencji wystawionej na rzecz firmy IDOM, wykonała ona prace związane z urządzeniami pomocniczymi BOP (BOP – skrót od *Balance of Plant* oznaczający urządzenia pomocnicze niezwiązane z samym wytwarzaniem, niebędące urządzeniami pomocniczymi kotłów, niezwiązane z odazotowaniem spalin, odsiarczaniem spalin, elektrofiltrami), wsparcie techniczne i koordynację, prowadzenie dokumentacji i nadzoru technicznego podczas prac na okoliczność montażu i uruchomienia w H. i A. turbiny gazowej na barce, a nie jak wskazuje w załączonym do wykazu usług tłumaczeniu referencji (wykonanym własnoręcznie przez Odwołującego) elektrowni gazowej. Jednoznacznie widać, że tłumaczenie wykonane własnoręcznie przez Odwołującego używane dalej w opisie przedmiotu zamówienia w wykazie wykonywanych usług odbiega od prawdziwej treści referencji i jest dostosowane tak by wykazać spełnienie wymogu przez zastosowanie odpowiednich sformułowań.

Z ostrożności procesowej Wykonawca TE podał, że gdyby przyjąć metodologię Odwołującego wskazaną w wyjaśnieniach 31 stycznia 2017 r. co do „uśrednionej europejskiej ceny budowy tzw. 1MW w technologii gazowej”, to dotyczyłaby ona budowy kompletnego bloku gazowego „pod klucz”, a nie instalacji turbiny gazowej na barce (co jest jednoznacznie wskazane jako rodzaj inwestycji w treści tłumaczenia referencji przez tłumacza przysięgłego).

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy TE zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę TE (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały warunki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, w tym załączonych do niej dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.1.2.3.1. SIWZ – wykazu wykonanych usług z referencjami, pisma Zamawiającego z 26 stycznia 2017 r., pisma Odwołującego z 30 stycznia 2017 r. i informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z 9 marca 2017 r.). Na podstawie wspomnianych dokumentów skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny nie jest sporny i wymaga jedynie uzupełnienia o stwierdzenie, że wskazaną przez Zamawiającego przyczyną wykluczenia Odwołującego było stwierdzenie jakoby usługi wskazane w:

1. poz. 1 wykazu – nie wpisują się rodzajowo w treść warunku udziału w Postępowaniu,
2. poz. 2 wykazu – wartość inwestycji nie została potwierdzona w żadnym ze złożonych dowodów i wyjaśnień, a wskazany przez Odwołującego sposób jej wyliczenia jest wyłącznie swobodnym szacunkiem, opartym na ustalonej przez Odwołującego metodologii, niespełniającym wymogu wykazania potwierdzenia spełniania w zakresie doświadczenia,
3. poz. 3 wykazu – jak w poz. 2.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, odnosząc się do przytoczonej przez Zamawiającego i Przystępującego w pismach procesowych argumentacji mającej potwierdzać zasadność wykluczenia Odwołującego z Postępowania, Izba wskazuje na uzasadnienie dokonania tej czynności podane w piśmie z 9 marca 2017 r. i wyjaśnia, że ocena prawidłowości zaskarżonej odwołaniem czynności sprowadzać mogła się wyłącznie do analizy podstaw wykluczenia znajdujących oparcie w zakomunikowanej Odwołującemu decyzji o wykluczeniu. Niedopuszczalne jest rozszerzanie podstaw faktycznych zaskarżonej czynności na etapie postępowania odwoławczego, ponieważ – biorąc pod uwagę zakaz wysłowny w przepisie art. 192 ust. 7 Pzp – działanie takie w istocie uniemożliwia odwołującemu się wykonawcy podjęcie skutecznej obrony przed nowymi przyczynami wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli bowiem odwołujący się wykonawca poweźmie wiedzę o kolejnych przyczynach podjęcia zaskarżonej odwołaniem czynności, przykładowo, w toku rozprawy, to nie może w odniesieniu do nich sformułować

(rozszerzyć sformułowanego w odwołaniu) zarzutu, jako że na przeszkodzie stoi wspomniany art. 192 ust. 7 Pzp.

*Ergo*, mając na względzie okoliczność, że Odwołujący ograniczył zarzuty do usług wskazanych w poz. 2 i 3 wykazu, skład orzekający pominął zarówno argumentację Zamawiającego odnoszącą się do braków w oświadczeniach zawartych w JEDZ złożonym przez podmiot, na którego zasobach polega Odwołujący wykazując spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, jak i stanowisko Przystępującego w zakresie, w jakim nie dotyczyło ono wartości wymienionych w wykazie usług i stwierdził, że Odwołujący został wykluczony z Postępowania z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W nawiązaniu do powyższego Izba wyjaśnia, że katalog dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony został w § 2 ust. 4 Rozporządzenia. Jego analiza potwierdza trafność stanowiska Odwołującego, że podstawowym (a w zasadzie, biorąc pod zamknięty charakter wyliczenia dokumentów we wzmiankowanym przepisie, jedynym) dokumentem potwierdzającym doświadczenie wykonawcy jest wykaz usług zawierający informacje określone przepisem § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia. Z kolei załącznikiem do tego dokumentu są referencje, których rolą jest li tylko potwierdzenie, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane (jest realizowane) należycie. Z uwagi na fakt, że referencje – w przeciwieństwie do wykazu – nie są dokumentem pochodzącym od wykonawcy, który się na nie powołuje, a ich szczegółowa treść zasadniczo (poza wspomnianą powyżej okolicznością) nie wynika z przepisów prawa, nie sposób twierdzić, że winny mieć określony kształt, czy potwierdzać okoliczności inne niż należyte wykonanie (wykonywanie) zamówienia.

Analiza dokumentów załączonych do oferty Odwołującego doprowadziła skład orzekający do wniosku, że są one kompletne, a ich treść jest zgodna zarówno z wymogami Rozporządzenia, jak i oczekiwaniami Zamawiającego. Dokonując oceny wartości wskazanych w nich projektów inwestycyjnych Izba stwierdziła, że wbrew zapatrywaniom Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił informacji sprzecznych z tymi, które zostały zawarte w uprzednio złożonym wykazie. Uszło uwadze Zamawiającego, że zarówno wspomniane wyjaśnienia, jak i załączony do oferty wykaz usług potwierdzały spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.2.3.1. SIWZ. Zestawiając ze sobą treść ww. dokumentów należało dojść do wniosku, że jedyną różnicą między nimi była wartość robót budowlanych objętych projektem inwestycyjnym wskazanym w poz. 3 wykazu (161 mln zł z wykazu, wobec 180 mln zł z wyjaśnień), tym niemniej – w każdym

przypadku – kwoty te odpowiadały wartości granicznej z treści warunku udziału w Postępowaniu. Jeżeli natomiast Zamawiający miał w tej kwestii (czy też generalnie w zakresie wskazanych w wykazie kwot) wątpliwości, powinien był rozważyć wszczęcie procedury przewidzianej § 2 ust. 6 Rozporządzenia, zamiast wykluczać Odwołującego z Postępowania z powodu niedostarczenia dokumentu, którego możliwość żądania nie wynika z przepisów prawa. Biorąc to pod uwagę skład orzekający uznał, że Zamawiający posłużył się nieuzasadnionym automatyzmem w działaniu, nie zważając na okoliczności, że – z jednej strony – wykonawca nie ma obowiązku dostarczania Zamawiającemu dokumentów, których żądanie nie wynika z przepisów prawa, z drugiej zaś – że Zamawiającemu przysługuje możliwość samodzielnego ustalenia okoliczności, które budzą jego wątpliwości. Skoro ustawodawca wyposażył Zamawiającego w narzędzie, o którym mowa w § 2 ust. 6 Rozporządzenia, to skorzystania z niego nie można utożsamiać z preferowaniem wykonawcy, w stosunku do którego zamawiający ten instrument wykorzysta.

Skład orzekający stwierdził również, że doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert.

W konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, jako że w świetle bezzasadności wykluczenia Odwołującego z Postępowania z przyczyn opisanych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, doszło do naruszającego prawo uznania oferty Wykonawcy TE za najkorzystniejszą i do jej wyboru.

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....